Devalidtare &c; & Nuorat & [illegible]

8.



P O R

D. FRANCISCA

TEXEDA, Y D. FRANCISCA DE Torres, vezinas de esta ciudad de Granada.

(✱) *EN EL PLEYTO.* (✱)

CON GONZALO DE ZIEZAR, Recetor de Penas de Camara, don Andres, y don Pedro de Ziezar sus hijos menores, vezinos de ella.

En Granada, en la Imprenta Real. Por Francisco Sanchez, en frente del Hospital del Corpus. Año de 1654.



ONSISTE la inteligencia de este pleyto en la de las clausulas del testamento y codicilos con que murió el Maestro Iuan de la Puerta, Beneficiado que fue de la parroquial de san Cecilio de esta ciudad; y asi se pondrán a la letra, y despues breuemente las pretensiones de las partes, y se discurrirá por ellas, advirtiendo lo que está prouado, ajustandolo con el derecho, y respondiendo a las oposiciones que se hazen a estas por quien escriuo.

Clausulas del testamento que el dicho Maestro Iuan de la Puerta otorgò en 23. de Abril de 1651.

2 *DEclaro, que todos los bienes muebles y semouientes que ay en mis casas de Granada y Albolote son de mis primas, porque algunos dellos, quãdo las truxe a mi casa chiquillas, los truxeron quando murieron sus padres, y otros los han con su trabajo e inteligencia hecho y cuydado, y assi de essos, como de otra cosa alguna, aceyte, vino, y otra qualquier cosa de mi casa quiero que no se les pida cuenta, porque en lo que yo soy señor de ellos las hago a ellas señoras, para que nadie (como tengo dicho) les pida cuenta a mi razon, ni del dinero, ni de otra cosa alguna que en las dichas dos casas mias ay.*

Segunda Clausula.

3 *DEclaro, que yo tengo comprado en termino de Albolote, y he criado algunas viñas, cu-*

yos

yos titulos estan en mi cabeça. Digo, que es mi voluntad que el proprio derecho tienen mis primas a ello como yo, porque las casas se han labrado, y las viñas se han criado con su trabajo y mio, y assi como tal suyo las dexo desde el dia de mi fallecimiento por dueños y señoras de ello, para que dispongan a su voluntad. no obstante que yo tengo tratado cō ellas lo que es la mia, y creo que no saldran de ella; mas quiero que nadie les pueda contradecir, ni darles pesadumbre, porque el intento de todos tres es, que lo poco, ò mucho que ay se gaste en servicio de Dios nuestro Señor, y yo no tengo obligaciones ningunas mas que a ellas; y ellas mas que a mi, y supuesto que todo es nuestro intento que se convierta en obras espirituales, y ellas lo dispondran muy bien, pero ha de ser a su voluntad.

Tercera Clausula.

4 DEclaro, que soy patrono de vnas memorias de Pedro de Leyva, que se dicen en señor san Alifonso, que la renta es sobre vna casa en la calle del Agua, junto al Hospital Real, que por la cobrança y administracion me dexò el fundador dos ducados en cada vn año, con que despues de mis dias nombrasse patron, a quien yo quisiesse, y assi en el dicho patronato por los dias de su vida nombro a don Andres de Ziezar mi sobrino, para que lo sea por los dias de su vida, y despues nombre a quien quisiere.

Otorgò vn codicilo en 28. de Março de 1651. ante Luys de Segouia, y en el dispuso assi.

5 DEclara, que su voluntad ha sido y es de fundar dos Capellanias de su hacienda desde luego, con que doña Francisca Texeda, y doña Francisca de Torres sus primas ayan de

goZar

gozar y gozen de la dicha su hacienda por los dias de su vida. En esta conformidad. Dispone y manda, que la vna Capellania se funde de las casas principales de su morada que estan en la collacion de señor san Andres, donde al presente viue, que alindan con casas del Convento de la Santissima Trinidad, y otros linderos, y en las casas que labrò y tiene en el lugar de Albolote, ambas casas, bodegas, y tinaxas, y lo demas que les pertenece, que las de la dicha villa de Albolote alindan con casas de don Baltasar de Castellanos, y con Francisco Herrera; y en la heredad de viñas que tiene en el termino de Albolote; en el pago de la Rauita, que llaman de la cañada; que tienen 142. marjales de riego, que alindan por vna parte con la vereda que và a las canteras; y por la otra con majuelos del dicho Francisco de Herrera, y otros linderos, y vn pedaço de oliuar que està en medio de la dicha heredad; y demas de estos bienes quiere que se funde la Capellania en todo el vino que tiene y dexa en toneles nueuo y viejo; assi en esta ciudad, como en Albolote; todo el qual dicho vino y toneles quiere desde luego que sea capital de la dicha primera Capellania, y dote de su fundacion, y caudal suyo, y del Capellan, y Capellanes della, la qual ha de ser Eclesiastica, y colatiua, y quiere que desde luego todos estos bienes se erijan en espirituales en quanto es de su parte, assi lo quiere, y dispone, y los hace, y suplica al señor Arçobispo y su Prouisor los erijan luego por tales; y nombra por primero Capellan al Licenciado don Andres de Ziezar Villa-Real su sobrino, hijo de Gonçalo de Ziezar, y doña Andrea de Villa-Real, con cargo de cincuenta Missas que se han de decir en cada vn año en la Iglesia de señor san Andres, donde se ha mandado enterrar; y dispone del numero de Missas, y por quien se han de decir. Y prosigue: Con calidad, que dichas dos casas, y heredades de viña, y oliuar han de gozar las dichas sus primas todos los dias de sus vidas; y assimesmo han de regir todo el vino y toneles y tinaxas, y demas fruto de su hacienda, porque con la experiencia que tienen las susodichas de los años que

le

le han asistido lo haràn mejor que el Capellan, como cosa suya a que les pertenece.

6 ¶ Và declarando otros bienes que tiene a demas de los referidos, y en que fundò la dicha Capellania, y destos haze otra a que llama a don Pedro de Ziezar, y dize; que la funda con las mismas condiciones que la primera, y manda tambien que las dichas sus primas gozen del vsufruto destos bienes, y los administren: asigna el numero de Missas que el Capellan ha de dezir en la dicha Iglesia de señor San Andres. Y prosigue diziendo.

7 ¶ *Nombro por patronos de ambas Capellanias a las dichas doñas Franciscas, por los dias de sus vidas, y despues de ellas a los dichos don Andres de Villa-Real su sobrino, y a el dicho Gonçalo de Ziezar, y a sus hijos y descendientes de los susodichos regularmente, para que sean patronos y Capellanes para siempre jamas, y con lo susodicho quiere y manda, que el dicho testamento que tiene otorgado ante Geronimo de Frias. En quanto lo que no es contrario a este, se guarde, cumpla, y execute en todo, y por todo, come en el se contiene, y reuoca otro qualquiera testamento, manda, ò codicilo que aya fecho por escrito, ò de palabra, para que no valga en juycio, ni fuera de el; salvo el dicho testamento aqui citado, en lo que no es contrario a este codicilo, y este mismo codicilo, el qual quiere que valga por su testamento, ò codicilo, ò vltima voluntad, y en la mejor via y forma que huuiere lugar en derecho.*

Otorgò segundo codicilo ante Pedro Garcia Saldaña en 16. de Março de 1652. en esta conformidad.

8 ¶ *Dijo, que el tiene otorgado su codicilo ante Luys de Segouia, escriuano, y mandò, que el*

vino y toneles que el tenia en Granada en las casas de su morada, y en la villa de Albolote, assi en tinajas añejo, y nueuo se impusiesse en la Capellania, en que dexaua por Capellan al Maestro don Andres de Ziezar. Aora declara y manda, que el dicho vino y toneles, y todos los demas bienes muebles, no se impongan en Capellania, y sucedan en ellos sus primas herederas suyas, por el dicho mi testamento que tengo otorgado ante Geronimo de Frias escriuano de su Magestad, y que las Capellanias que mando erigir en el, nombro por Capellanes al dicho don Andres, y don Pedro de Ziezar, hijos de Gonçalo de Ziezar, y de doña Andrea de Villa-Real su muger, sean y se entiendan, se han de componer, y erigir de los bienes rayzes que quedan por mis bienes, conforme yo tengo declarado en el dicho codicilo; en todos los bienes rayzes hago la dicha ereccion: todo lo qual es mi voluntad determinada. Quiero que se guarde cumpla y execute el dicho testamento y codicilo. Y por la grauedad de la enfermedad lo firmò a su ruego don Francisco Herrera, &c.

9 ¶ Supuestas estas clausulas, auiendo muerto el Maestro Iuan de la Puerta debaxo de las disposiciones que contienen, diò principio a este pleyto vna demanda de el dicho Maestro don Andres de Ziezar, Clerigo de menores Ordenes, instituydo en la primera Capellania del codicilo primero, referido supra num. 5. en que pretende, que el segundo codicilo, de que se hizo relacion supra num. 8. le otorgò media hora antes que espirasse estando sin sentido, ni entendimiento, y sin poder hablar, porque todo aquel dia no auia hablado, y q̃ estas partes, y algunas personas de su orden introduxeron a Pedro Garcia Saldaña, escriuano, que para el caso tenian preuenido, y dixeron, señor, no manda V.m. que de todos los bienes rayzes se funden las Capellanias, y que el vino, y los demas bienes muebles se queden a estas señoras, y que siendo assi que el dicho Maestro Puerta no respondiò nada, ni lo entendiò, ni pudo entender, ni firmò, ni rogò

gò a nadie lo firmasse, por solo cõ color de que auia meneado la cabeça, escriuiò el dicho escriuano el codicilo, y que assi es supuesto, e incierto, y que no valiò ni se quitò la dotacion de dicha Capellania de el vino y toneles instituyda en el codicilo antecedente, y que el escriuano cometiò delito, de que se querellaua, y que el assunto que tomaron fue dezir, que las dichas doñas Franciscas quedauan desacomodadas, y que no auia de que pagar las deudas, lo qual era incierto, porque el testador no tenia deudas, que era rico y poderoso, y que tenia mas de mil ducados en reales de a ocho, y otros tantos en doblones, y mucha cantidad de vellon, y deudas que le deuian, y que las susodichas quedauan muy acomodadas, ricas, y poderosas. Y pidieron, que el vino que estaua en Granada, y el de Albolote, se aforasse, y que las dichas doñas Franciscas hiziessen inventario de todo, y diessen poder a Procurador. Mandòse dar traslado a las susodichas, y declinaron jurisdiccion, eligiendo por Iuezes a los señores Presidẽte y Oydores de esta Corte: y finalmente se lleuò a la Sala, y se huuo por caso de Corte, y respondieron à esta demanda.

10 ¶ Diziendo, que han de ser absueltas de ella, porque los bienes en que se pretende la fundacion de la Capellania, son proprios suyos de sus legitimas y capitales, que entraron en poder del dicho Maestro Puerta, con quien tuuieron communidad, y que assi lo auia declarado en su testamento, que otorgò el dia referido supra num. 2. y en quanto tiene y pertenece al dicho Maestro, las dexa por herederas, que es de vna parte de tres que a el tocaua, porque las otras dos les toca a ellas, y que en essa conformidad pidieron la possession como herederas, con beneficio de inventario, y que obrò separacion de derechos, y que en el vltimo codicilo otorgado ante Pedro Saldaña se dize, que el vino y toneles que tenia en esta ciudad y Albolote, no se comprehendan en las Capellanias: y el beneficio q̃ recibieron en la disposicion, fue en la parte que co-

mo a vno de tres compañeros pertenecia a dicho Maestro, porque enlas dos partes ellas eran dueños en vida y en muerte, como lo declarò el Maestro en su testamento, y en el codicilo en que instituye las Capellanias, solo las haze en la parte que tiene en dichos bienes, y assi dize se erijan en espirituales *en quanto es de su parte*, y que quando otorgô el codicilo ante Luys de Segouia estaua tan grauado de la calentura, y accidentes de la enfermedad de que muriò, que no tenia juyzio, ni capacidad para otorgarle, y que Gonçalo de Ziezar le persuadia a que lo hiziesse, y que fundasse vnas Capellanias para sus hijos (y para dar a entender que no tenia entonces juyzio, por el crecimiento grande de la calentura, refieren las excepciones algunos casos particulares y otros, para dar a entender, que nunca tuuo volũtad de fundar tales Capellanias, si no que valiesse en todo el testamento, que despues se ponderarân.) Y que para conseguir el dicho Gonçalo de Ziezar se otorgasse el codicilo, lleuò escrinano y testigos intimos amigos suyos, sin auerlos pedido el enfermo, y entrò a la sala en que estaua, y echò fuera a la dicha doña Francisca de Torres, y a los demas que alli auia, quedandose el solo, y el escriuano con el enfermo, siendo esto a las cinco de la tarde, quando el crecimiento le tenia turbada la razon, y lleuaua escrito el codicilo, y fue el ordenando al escriuano, sin que el enfermo dixesse palabra alguna, lo qual oyeron las personas que echaron fuera de la Sala que estauan junto a la puerta, y despues de hecho para otorgarlo, llamò el dicho Gonçalo de Ziezar los testigos que traia preuenidos, y a otro que estaua en dicha casa, y le hizo que firmasse el codicilo, leuantandole para ello el dicho Gonçalo de Ziezar y el escriuano, y que en la firma se reconoce la turbacion, y poco conocimiento con que lo firmò, a lo qual no se hallò la dicha doña Francisca de Torres, por auerla echado de alli, temiẽdo que no diesse cuenta su primo del desacuerdo que hazia, y assi el codicilo es supuesto, y se comprueua, con que

auiendo

auiendo en el testamẽto (quẽ cõ tãto acuerdo hizo) dexado solo a la parte cõtraria vn patronato de dos ducados y medio cada vn año, y vna sobrepelliz, no la auia tan breuemente de dexar toda la hazienda suya y agena.

11 ¶ Y añaden, que estando ya aliuiado de el crecimiento le advirtieron el codicilo que auia hecho, y dixo, que no se acordaua auer hecho tal cosa, y que truxessen vn escriuano que el lo remediaria; y auiendo buelto a la casa el dicho Gonçalo de Ziezar, viendo que queria otorgar otro codicilo ante el dicho Pedro de Saldaña, porque no se dixesse contra el primero lo que auia passado, contra el credito de Gonçalo de Ziezar, se dispuso, que en el vltimo se hiziesse relacion del primero, y se quitasse el grauamẽ de las Capellanias, y toneles, y vino, el qual dispuso y ordenò el mesmo Gonçalo de Ziezar, y lo otorgò el Maestro Puerta estando sin el crecimiento, en su buen juyzio, y por la turbacion de la mano no lo firmò.

12 ¶ Que el dicho Maestro antes de otorgar este vltimo codicilo manifestò la voluntad de otorgarle, y al mismo tiempo del otorgamiento y despues perseuerò en su buen juyzio y capacidad cõ actos y demostraciones de ello, y que assi es incierto el dezir que no otorgò el codicilo vltimo estando en juyzio, porque le tenia en aquel tiempo, y diò muchas muestras de voluntad, y testigos y escriuano fueron llamados por voluntad del testador.

13 ¶ Que en el codicilo primero, otorgado ante Luys de Segouia escriuano no reuocò las declaraciones hechas en el testamento en razõ de que los bienes eran adquiridos por la industria de estas partes, ni dispone de la parte de bienes que a las susodichas tocaua, si no solo que erigia en espirituales los bienes que fuessen suyos, como se verifica del testamento, y del primero codicilo, caso que este fuesse valido.

14 ¶ Que no bastarà la reuocacion en este codicilo, por ser cierto auerlo confessado el Maestro

tro Puerta en su vida en todas ocasiones, y concluyen, que solo se podia entender la fundacion de las Capellanias en la parte de bienes que tocasse al Maestro sacadas las dos partes de las susodichas, y el capital que lleuaron a su poder, y que se ha de denegar a la parte contraria la pretension de que la fundaciō sea en todos los bienes, y esto por via de reconvencion.

15 ¶ Finalmente, aunque huuo autos sobre si las partes contrarias auian de responder a la reconvencion por dezir eran Clerigos, por auto de vista, de que no se suplicò, les mandaron responder, y respondieron, y se concluyò, y recibiò el pleyto a prueua, en que ambas partes han hecho las prouanças que advertiremos en su lugar.

16 ¶ Ya de estas clausulas y alegatos se descubren las pretensiones de las partes, y las de estas por quien escriuo se reduzen a los puntos siguientes, que procurarê ajustar a lo prouado en el hecho, y a la justificacion que tienen en derecho.

17 ¶ *Primero punto, que la hacienda sobre que este pleyto se sufre fue comun, y en compañia entre el Maestro Iuan de la Puerta difunto, doña Francisca Texeda, y doña Frācisca de Torres, primos, que esto esta prouado con testigos, y con la declaracion del Maestro en su testamēto, que nunca le reuocò, ni quedò reuocada en el codicilo primero q̄ otorgò ante Luys de Segouia, y assi es partible entre los tres, dando a cada vno su tercer a parte.*

18 ¶ *Segundo punto, que el primero codicilo otorgado ante Luys de Segouia Bonifaz, escriuano de la Cruzada, fue invalido ex defectu voluntatis, & potestatis, y que caso que valiesse, antes calificò la declaracion del testamento.*

19 ¶ *Tercero punto, que el segundo y vltimo codicilo fue valido, por tener los requisitos de potestad y voluntad, y que assimismo calificò la disposicion del testamento, y declaraciones del.*

PRI-

20 ¶ *Que la hacienda sobre que este pleyto se sufre fue comun, y en compañia entre el Maestro Iuan de Puerta difunto, doña Francisca Texeda, y doña Francisca de Torres, primos, que esto està prouado con testigos, y con la declaracion del Maestro en su testamento, que nunca le reuocò, ni quedò reuocada en el codicilo primero que otorgò ante Luys de Segouia, y assi es partible entre los tres, dando a cada vno su tercera parte.*

21 CONclusion es textual, que la compañia, ò particular, ò vniuersal, omnium bonorum, se contrae tacito consensu, sic textus *in l. societatem 4. ff. pro socio*, dum inquit: *Societatem coire, & re, & verbis, & per nuntium posse nos dubium non est*, vbi Gotofred. *lit. T. Re, idest tacito consensu, Cuiacius hic*, id etiam probatur *in l. qui admittitur 19.* ibi: *Cum enim societas consensu contrahatur socius mihi esse non potest, quem ego socium esse nolui*, l. planè 37. *Planè si hi qui socijs hæredes extiterint, animum inierint societatis in ea hæreditate nouo consensu, quod postea gesserint, efficitur, vt in pro socio actionem deducetur*: *l. si Margarita 44.* ibi: *Si animo contrahenda societatis, id actum sit pro socio esse actionem, l. si id 58. §. si seruus, ff. eodem. Consonat l. 1. tit. 10. part. 5.* vbi Gregor. Lopez glos. verbo, *consentimiento.* Esta conclusion sin dificultad la prueuan Menoch. *de præsumption. lib. 3. præsumpt. 56. num. 1.* qui refert Socinum, Decianum, Crauetam, & alios, Mascard. *de probat. conclus. 1316. n. 8. volum. 3.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib. 6 tit. 2. num. 2. & tit. 9. num. 1.* Dom. Valençuela Velazquez *cons. 89. num. 22.* qui plures refert, Capic. Latro *decis. 189. num. 24. lib. 2.* Ioan. Arnal. Corvinus *in suis erotemat. ad Inst. lib. 3. tit. de societat. 26. fol. mihi 369.* Motius *de contractibus, de societat. de diuisione societatis, nu. 13.* vers. *Tacitè contrahitur*, Hector Felicio *de societate, cap. 10. num. 2.* qui refert

Bartol.

Bartol. Bald. Petrum de Vbaldis *in tractat. de duobus fratribus* Foller. *ad Marantam*, Decium, Thobiam. & Rolandum. Y aunque huuo quien dixesse, que la vniuersal tacitê contrahi non posit, la mas verdadera y seguida opinion es, que etiam tacitê cõtrahatur, vt latê probat Mantica *vbi supra, tit. 2. à num. 10. & tit. 9. per totum*, Hector Felicio *dict. cap. 10. à num. 15. & seqq. & num. 17.* inquit: *Stante hac opinione veriore, & communiter recepta societatem omnium bonorum tacitè contrahi posse, &c.* Y refiere por ella casi infinitos Doctores, y despues de ellos lleua lo mismo Gratian. *tom. 5. disceptat. 993. num. 23.* y la llama comun Tusch. *lit. S. conclus. 282. n. 18.*

22 ¶ Pero la dificultad consiste en aueriguar, quando dicatur tacitê contracta societas, y es tambien sin controuersia, quod eius probatio pendet â coniecturis, & præsumptionibus, ita post Baldum, Ancharran. Decium, Rotam Romanam, & alios, probat Menoch. vbi proximê *num. 4.* Mantica vbi supra, *num. 10. per totum*, Felicio *de societate dict. cap. 10. & num. 17.*

23 ¶ Estas conjecturas y presunciones latamente las discurren los Doctores, particularmente Menochio, y Mantica, y Hector Felicio locis relatis, diziendo todos, que se conjectura per actus sociales, y para ellos ponen tres requisitos, que son, vt verbis Manticæ vtar: *Et quidem tria requiruntur, vt hæc societas contracta posit intelligi. Primum est, quod simul ij, de quibus agitur cohabitauerint. Secundum, quod omnia lucra, & emolumenta, vndecumque quæsita communicauerint. Tertium, quod sibi invicem nullam rationem reddiderint. Nam isti actus fieri non possunt citra ius, & nomen societatis vniuersalis.* Casi las mismas palabras son las de Felicio *dict. num. 17.* algo mas latamente, prouando ambas conclusiones, de que potest societas tacitê cõtrahi, y que se prueua por los actos sociales; y quales son estos lo dixo Rolando à Valle *consl. 91. nu. 27. volum. 1.* ibi: *Quod societas consensu etiam tacito contrahitur, & quod tacitus consensus præsumitur*

ex

ex actibus consonantibus societati, vt quia simul habitarunt; quæstus, & lucra simul participant, damna communiter tolerant, & sunt habiles ad societatem contrahendam, quia tunc non est dubitandum quod actiuè, & passiuè sunt socij.

24 ¶ Assentado que es sin controuersia que la compañia de todos los bienes se puede cõtraher tacitamente, veamos si semejante compañia se contrajo entre el Maestro Puerta, y estas partes, y que se contraxesse es constante.

25 ¶ Lo primero, porque està prouado con muchos testigos, que en la segunda pregunta del interrogatorio de estas partes deponen, que oyeron dezir al Maestro Puerta en muchas ocasiones, que sus primas tenian en la haziẽda la missma parte que el, y refieren las ocasiones en que se lo oyeron antes de otorgar el testamẽto, y otros despues de otorgado, y se remiten a el, ad quod faciunt ea qnæ tradidit Menoch.*consf.1127. num. 19.* ibi: *Atqui in casu nostro non modo testimonio duorum, sed etiam plurium probatum intelligo, testatorem iam à se condito testamento, non semel dixisse, quod extincta linea Augustini eius filij, vocauerit eius transuersales, seu eos qui erant de suo sanguine, & præsertim D. Antonium, ergò dicendum, & concludendum est, non D. Victoriam, sed ipsum D. Antonium succedere debere.* Y diò la razon num. 18. que la refiere Hector Capycio Latro *decis.128. num.14. tom.2. Quia voluntas testatoris quando de ea ambigitur, mentis declaratio, & interpretatio sumitur etiã ab alijs, quæ aliquando dixit testator extra testamentum. Bart. in l.2. in princ. n.4. ff. de vulg. & pupill. & post glos. idem Bart. in l. hæredes palam, §. si quid post. ff. de testament.* Y en particular Antonio Mõtoto dize, q̃ yua a casa del Maestro Puerta de ordinario, y en ella viuia doña Catalina de la Torre, su abuela, y le oyò dezir al Maestro en diferentes ocasiones, que lo que auia en Albolote, era ganado entre sus primas, y el, y esto lo dixo diferentes

D vezes.

vezes. Y el Maestro Salvador Cobo, pariente de el Maestro, depone, que aurá seys meses que vino de su tierra, y en diferẽtes ocasiones oyò al Maestro, que tenia la misma parte en la hazienda, que tenian sus primas, y que estando el testigo en Albolote, trabajauan vnos hombres en la hazienda, y le dixeron que trabajara pues era para el la hazienda, a que respondiò el Maestro que estaua presente, que no podia ser, que no era pariente de sus primas, y que su voluntad era, que solo tuuiesse quien fuesse pariente de las susodichas, y si le querian dar algo esso tendria, porque ellas tenian la misma parte que el. Ysabel Garcia, criada del Maestro, y destas partes, dize de oydas al dicho Maestro, que la hazienda era ganada por todos. Catalina de Bustos dize lo mismo. Doña Maria Palacios, prima destas partes, y del Maestro, que despues de otorgado el testamento le preguntò, si le dexaua algo a los nietos, ya esta testigo sus sobrinos, y respondiò, que todo era de sus primas, que como lo hiziera con ellas lo harian. Y estas confessiones extrajudiciales prueuan la compañia, vt optimè aduertit Menoch. *dict. præsumpt. 56. lib. 3. num. 33.* dicens: *Secunda est coniectura quando aliqua confessione extrajudiciali constaret, hos aliquando dixisse, se esse socios, tam aliorum bonorum, quam lucrorum, &c.* Y cita a Romano, a Iason, y Socino, y lo sigue Hector Felicio de *societate cap. 11. num. 13.* ibi: *Etiam probatur cõmunio, quando extrajudicialiter socij fassi fuerũt se esse socij, &c.* Cardinal. Tusch. *lit. S. concl. 313. num. 12.*

26 ¶ Lo segundo se prueua mas bien con lo que en la tercera pregunta deponen los testigos de que auian lleuado a poder del Maestro estas partes dos mil ducados, que assi lo oyeron al Maestro, el qual quando fue Beneficiado de Albolote, dizen muchos testigos que no tenia hazienda, y que desde que entraron en su casa sus primas compraron hazienda, y con su industria la plantaron,

taron, y cultiuaron, y que assi el Maestro dezia q̃ era partible entre todos, y que se auian de yr heredando los vnos y los otros; y ay presentado vn poder que otorgò la dicha doña Francisca Texeda, por el año de 644. al dicho Maestro Puerta, para que tomasse la possession de todos los bienes q̃ auian quedado por muerte de don Alonso Texeda su hermano, y en especial de vna viña, y ay auto de possession en fauor de la dicha doña Francisca Texeda, despachado el mismo año ante Alonso Rodriguez de Coca, escriuano publico, de que resultan dos cosas. La vna que tuuieron estas heredades juntamente. Y esta es vna de las presunciones que prueuan la compañia general: sic Menoch. *vbi proxime num. 35.* ibi: *Quarta est coniectura quando aliqua prædia communi nomine fuissent ex his lucris empta*; Butr. *cons. 71.* Mascar. *de probat. d. conclus. 1316. numer. 15.* ibi: *Quintò colligitur quod si communi nomine aliquid emptũ fuerit, præsumitur societas inter ipsos contracta.* Y cita a Bart. Petr. de Vbald. Guid. Papam, Corneum, Socinum, & Bertazolam. La otra, que posseyeron estos bienes, tanquam communia, tantos años, de que resulta otra presuncion de compañia, sic Menoch. eodem loco, numer. 34. *Tertia est coniectura quando longo tempore possedissent reliqua bona tanquam communia.* Y cita à Barbatia *cons. 37. volum. 2.*

27 ¶ Es otra presuncion admitida por los Doctores, la que refiriendo a muchos pone Menochio prosiguiendo la materia en la misma presuncion 56. num. 37. cuyas palabras (bien en terminos de nuestro caso) son: *Sextus, & vltimus casus est quando fratres, vel afines ætate maiores hæreditatem possident indiuisam, vna simul viuunt, lucra, & redittus omnes invicem, & indiferenter communicant non reddentes de actis gestis, & tractatis negocijs rationem. Hoc in casu præsumitur contracta societas omnium bonorum, & c.* Y comprueua esta presuncion con 18. DD. y lue-

y luego dize: *Et hanc quidem vt magis receptam veramque sequor nunc, & si aliàs forte in consi.12. n.10.lib.1.aliter scripserim.*

28 ¶ De todo lo dicho resulta, que no falta requisito alguno de los tres que diximos, n. 23. ex Mantica, & Rolando, hoc est: *Quod socij simul habitauerint, quod omnia lucra, & emolumẽta vndecumque quæsita communicauerint: quod sibi inuicem nullam rationem reddiderint.* Ni aun de los cinco que puso Tusch. *dict. conclus. 282. lit. S. num. 24.* Y que concurren quantas presunciones consideran los DD. para que se entienda, que entre estas partes, por quien escriuo, y el Maestro Puerta, se contraxo compañia general y vniuersal de los bienes.

29 ¶ Y para que esto quedasse sin escrupulo lo confessô assi el mismo Maestro en su testamento, con que calificô todas las presunciones y passaron a verdadera, e innegable probança, y como consta de las clausulas del testamento, la confession, y declaracion que hizo fue tan exuberante, que dixo en ella la compañia, y que auiã entrado bienes en ella, y que auian puesto toda la industria sus primas, cõ que nada le quedô mas que declarar.

30 ¶ Restat nunc satisfazer a algunas oposiciones que contra lo referido hazen, ò pueden hazer las partes contrarias, con que quedarâ en quanto a este punto indubitable la justicia de estas partes.

31 ¶ Oponen lo primero, que la hãzienda toda era del dicho Maestro Iuã de la Puerta, y que los titulos de ella estân en su cabeça, y q̃ estas partes no lleuaron hazienda alguna quando entraron en su poder, que eran entonces muy niñas, que no tuuieron capital de sus padres, y que el Maestro las alimentô de todo lo necessario, que casô, y diò dote a vna hermana de las susodichas, y que de sus mismos bienes hizo vna Capellania a don Alonso Texeda, assimismo hermano suyo.

Y que

Y que asſi la declaracion, ô cõfeſsion del Maeſtro fue erronea, quę quidem non probat, vt ex *l. error. C. de iuris & fact. ignor. & ex text. in l. nõ fatetur, C. de confeſsis*, & ex DD. *in cap. fin. extra eodem*, & alijs quam plurimis probat Maſcard. *de probat. conſ. 578. à num. 1.* D. Præſes Vrlençuela *conſ. 178. à numer. 35.*

32 ¶ Porque a eſto ſe ſatisfaze multipliciter. Lo primero, con que eſtá prouado, aſsi con teſtigos, como con teſtimonios, que eſtas partes lleuaron bienes a poder del dicho Maeſtro, y aſsi lo confeſsò el muchas vezes, y que antes (ſegun dizen los teſtigos) el Maeſtro era pobre, y quando era Beneficiado de Albolote no tenia bienes raizes, y que deſpues de auer entrado en ſu caſa las dichas ſus primas començò a tener viñas, y las cuidaron, y cultiuaron ellas; con que las confeſsiones que hizo no ſe pueden llamar erroneas: ademas que eſto de ſer erroneas ſeria bueno para que el miſmo Maeſtro (*docto de errore*) las reuocaſſe, que eſtas dos coſas eran preciſas, quando probaſſet errorem, como a quien le incumbe la carga del prouar, vt ex textu *l. ſi poſt diuiſionem 4. C. de iur. & faſt. ignor.* probat Maſcard. *de probat. concluſ. 378. & concluſ. 677.* & cum Farinacio Menochio, & alijs, Barb. *in collect. ad dict. l. ſi poſteà diuiſionem, num. 8.* verſ. *Oſtende igitur*, & *in collect. ad l. error, num. 2. C. eodem titulo*, y que huuiera reuocado eſtas cõfeſsiones, vt idem probat Maſcardus *ibidem num. 1. ex l. ſed ſi me putem, ff. de condit. indebit.*

33 ¶ Lo ſegundo ſe reſpõde, que tantum abeſt què el Maeſtro reuocaſſe eſtas confeſsiones, q̃ antes las calificò con la que hizo enel teſtamento en que (como queda referido) dixo, que auia comprado en termino de Albolote, y criado algunas viñas, *cuyos titulos eſtauan en ſu cabeça.* Dando a entender, q̃ aunque lo eſtuuieſſen eran de eſta compañia, y pertenecientes a los tres participes, porque a no ſer aſsi no auia para que hazer aquella advertẽcia, ſi no que llanamente diſpuſiera de lo que era ſuyo, aliàs fueran

E

ran aquellas palabras superfluas, & in testamentis nullum verbum etiam minimum debet præsumi superfluum, aut otiosum, *glos. in cap. solitæ*, in verbo, *nunquam, de maioritat. & obedient.* Bald. *in l. nec quidquam, §. de plano, in fin. ff. pro socio*; y como dixo el mismo Baldo, *imò nec sillaba, in l. 1. ff. quod metus causa*, quinimò, para que cesse el vicio de la superfluydad, debent verba impropriè intelligi, *l. si quando, in princip. ff. de legat. 1.* Bart. *in l. generali, §. 1. ff. de vsufruct.* Ruminald. *cons. 56. num. 4.* Corneo *cons. 237. num. 7.* Paris. *cons. 90. num. 33. volum. 2.* Natta *cons. 484. num. 30. & 31.* y como notà Rafael Cumano en la *l. cum filio, ff. de legat. 3.* y latissimamente Mantrica *de coniectur. vltimar. volunt. lib. 3. tit. 8.* verba improprissimè esse accipienda ne sint supervacanea.

34 ¶ Lo tercero, que quando, ni estuuiera prouado que estas partes huuieran lleuado bienes a poder del Maestro, y que los titulos de las compras de la hazienda estuuiessen en cabeça suya (sin esta advertencia del Maestro) adhuc, era todo partible entre los tres, porque supuesta la compañia vniuersal, prouada con testigos, y con las confessiones extrajudiciales del Maestro Puerta, y la que hizo en el testamento, y que estas partes pusieron la industria y trabajo, como lo confiessa el Maestro en la segunda clausula del, ibi: *Que el proprio derecho tienen mis primas a ello como yo, porque las casas se han labrado, y las viñas se hã criado con su trabajo, y mio, &c.* Importara muy poco el no auer lleuado bienes; ni que los titulos de la hazienda estuuieran en cabeça del Maestro. Para prouar este intento, y satisfazer a todas estas oposiciones pudieran servir para estas partes de doctissimas informaciones en derecho dos consejos de dos celebres Iurisconsultos de la primera autoridad en nuestra jurisprudencia, es el vno Paulo de Castro *lib. 1. consiliorum, cons. 349.* el otro Andreas Barbatia *suorum etiam consiliorum, volum. 2, cons. 22.*

35 ¶ Los casos de estos dos consejos son

casi vniformes, y ambos, como en el nuestro, vna compañia tacitè contracta inter fratres. Dudan primero, si se contraxo compañia, si han de partir las ganancias. Opone vn hermano, que no se contraxo, que no son partibles, que el vno era pobre, que no traxo bienes, y que las compras estan en su cabeça. Responden a estas dudas y oposiciones, que son las mismas que se nos oponen, y para ello.

36 ¶ Entra Paulo de Castro num. 1. fundando que huuo compañia, por aquellos mismos medios que diximos supra num. 21. y dize assi n. 1. *Ex die quo iste Raphael factus maior incepit operari in apothecha, cum Ioanne fratre suo, & lucra secum communicare, videtur inter eos tacitè contracta societas, & ex tunc quod dictus Ionnes Lucratus est, secum communicare tenetur, argum. ff. de probation. l. & procula. Quia in simul habitatio, & lucrorum in commune collatio, & eius quod alter super lucratur inuicem non redita ratione faciunt præsumi tacitam societatem, Oldrald. &c.* Y da la razon de el texto in l. sicut 4. ff. pro socio. *Nam & re ipsa contrahitur societas ex tacito consensu præsumpto.*

37 ¶ Lo mismo entra fundando Barbacia discurriendo por los mismos fundamentos, y dize num. 1. *Et pro potissimo huius hæsitationis fundamento præmitto quod inter istos fratres præsumitur contracta societas omnium bonorum, quod apparet ex eo: quia propter diuturnitatem temporis, & communem vsum viuendi, & ratione coniunctionis personarum, & tacito consensu præsumitur societas: quia licet fratres simul habitantes non præsumantur socij omnium bonorum: quia probandus est consensus interuenisse, vt ff. pro socio, l. planè. Ex quo simul habitarunt diu, & communibus expensis sine computo vixerunt, & negotia sua promiscuè egerunt, præsumitur societas.* Ya queda ponderado arriba quanto se ajustan estos medios a nuestro caso.

38 ¶ Prouada la compañia omnium bonorum, passan estos Doctores a las oposiciones, y dize Paulo de Castro num. 2. *Sed contra prædicta posset*

ſet opponi pluribus modis. Primò, quia ex parte Raphaelis nulla pecunia intervenit, ſed proceſsit lucrum iſtius Ioannis, ex pecunia ſua induſtria acquiſita, & ſic non videtur contracta ſocietas, quia videtur requirere rei interventum hinc inde, vt ſint æquales. Nam etiam dicitur, quod iſte Ioannes erat dives ſui induſtria, & dictus Raphael nihil habebat. Eſta es la miſma opoſicion que a eſtas partes ſe les haze, y diximos por primera reſpueſta lo que ſe contiene ſupra num. 32. in princip. y aora ſatisfaze Paulo de Caſtro: *Sed reſpondetur, quod imò ex communi pecunia dictus Ioannis auxit facultates ſuas, quod præſumitur niſi conſtat in quas cauſas expoſſuiſſet pecunias, quas redegit ex venditione rerum hæreditariarum, quod ad manus ſuas pervenerunt, vt præſupponitur, argum. ff. de donat. inter vir. l. quintus.* Y en nueſtro caſo ſucede lo miſmo, que no conſta las heredades que el Maeſtro Puerta comprô, y que puſo en ſu cabeça, eſtando ya en compañia con ſus primas, de que dinero proprio ſuyo hizo eſtas compras. Pero paſſa adelante la reſpueſta. *Item, poſito quod hoc non eſſet ſufficit, quod Raphael poſſuerit operas ſuas, quæ ſuccedunt loco pecuniæ, & ſupplent, quod alteri per comparationem patrimonij deeſt, ff. pro ſocio, l. cũ duobus, §. ſi in coeunda. Hinc eſt, quod inter eos qui non ſunt æquis facultatibus contrahi poteſt ſocietas, vt vnus ponat pecuniam alter operã, eodem tit. l. vir.* Luego que tuvieſſen menos caudal eſtas partes que el Maeſtro, que deſto no conſta, antes por ſu confeſsion, que le truxerõ, y que era igual, pues dize: *El proprio derecho tienen mis primas a ello como yo*; ò que no tuvieſſen alguno, baſtara auer pueſto ſu trabajo, e induſtria, para que fuera partible la hazienda, y eſte trabajo e induſtria tambien lo tiene confeſſado el Maeſtro en la primera clauſula del teſtamento, ibi: *Y otros los han con ſu trabajo e inteligencia hecho y cuydado.*

39 ¶ Haze otra opoſicion Paulo de Caſtro como la que ſe nos opone, videlicêt: *Secundo opponitur, ſi Ioannem non fuerit lucratus nomine fratris,*

fratris, vel societatis, sed proprio, ergo communicare non debet. Que es lo mismo que dezir. Si las escrituras estan en cabeça del Maestro Puerta, claro està que para si adquirio, y esto no se deue comunicar ni es partible con sus primas? Pero responde ya por mi Paulo de Castro. *Sed respondetur, quod inter Socios non est fienda hæc distinctio, vtrum nomine proprio, vel societatis quæsiuerit, nam & quod proprio nomine alter quæsierit communicare debet actione pro socio, vt ff. pro socio, l. sed si tuis, §. si absenti, & l. actione, §. dicimus, & l. si quis societatem contraxerit.* Es la razon, porque se dà esta accion pro socio quando alter nomine suo comparat, porque si comprara nomine societatis statim esset communis, nec esset agendum vt communicaretur, ex ratione textus in *l. per procuratorem, C. de adquirend. posses.*

40 ¶ Mas latamente satisfaze a esta oposicion Barbacia, dilatando mas la materia, y los fundamentos, porque fue la mayor oposicion de su caso, y la misma del consejo 302. de Ancharrano, aunque el le cita mal, diziendo, que es el 289. en que dize Ancharrano num. 5. *Secundo vtrum istam societatem impediant emptiones prædiorum, & mercantiarum, quæ apparent facta per A. nomine suo proprio, non communi.* Y responde num. 7. dicens: *Venio ad secundum, &c.* Y prosigue: *Omnia enim facta istorum sonabant in societatem, & in animo sociali vnius tamen scriptura sonat in contrarium, & ideò præualere debet quod agitur, non quod scribitur.* Y considera lo mismo para esto que puntualmente passa en nuestro caso, hoc est, que el Maestro Puerta tenia el gouierno de la familia, y en el entraua el dinero todo de los vinos, y demas frutos, y reditos de la hazienda, y alquileres de las casas, y como Clerigo, y mas exempto de pagar derechos hazia las ventas y compras, y estas partes acudian a lo de dentro de casa, y cosas del campo en las vendimias, y coleccion de los vinos, en que eran industriosas, como lo confiessa en el mismo codicilo, de que se valen los contrarios, ibi: *Y assimismo han de regir y adminis-*

trar todo el dicho vino, y tinaxas, y toneles, y demas frutos de su hacienda, porque con la experiencia que tienen las susodichas de los años que le han assistido lo harán mejor que el Capellan, como cosa suya que les pertenece. Y assi prosigue diziendo Ancharrano: *Et maxime, quia societas elicita excollatione omniũ in communi, & officio dicti A. in administratione gubernatione familiæ, & redituum receptione, & venditione, & penès se retentione pecuniarum inde redditarum, debet intelligi contracta vtriusque consensu tacito, vt superius dictum est, voluntas igitur alterius, scilicet, dicti A. in contrarium per scripturam tantum dicti B. incognitam, non debet attendi in contractu reciproco.* Y la compañia en este caso era entre dos hermanos, que vno assistia a las cosas del campo, y el otro, y enquien entraua todo el dinero, assistia comprando y vendiendo en la ciudad.

41 ¶ Con estos mismos fundamentos funda su consejo Barbacia, y dezia en el num. 3. *Et licet vnus emerit suo nomine proprio, tamen illa empta gubernant communiter, & sic res communes, quæ omnia sunt magis consideranda in præsumendo, quod sint cõmunia, quam scriptura simplex, quod sint propria, dicti fratris ementis nomine proprio, &c.* Y auiẽdo dado otras muchas razones, dize en el num. 22. que todos los modernos comunmente siguen esta opinion, y que la tuuo Baldo en diuersos lugares, y Pedro de Ancharrano, y Paulo de Castro en los lugares referidos, y concluye diziendo: *Ex istis elicitur conclusio vera, & indubitata, quod iste nobilis A. potest consequi medietatem omnium rerum, & bonorum, quæsitorum per illum siue nomine communi, siuè suo proprio nomine, & ita concludo.*

42 ¶ De todo lo dicho resulta quan poco fundamento tienen las oposiciones que se hazen a estas partes de que no tuuieron hazienda que entrar en la compañia, y que las escrituras estauan en su cabeça.

43 ¶ Sin que obste dezir, que esta declaracion, ò confession hecha en el testamento nihil probat·

bat etiam, que fuera jurada, y tanto mas en perjuyzio de los herederos, *l. qui testamentum 27. ff. de probationib, l. rationes 6.* vers. *Eiusdem iuris*, & *Authent. quod obtinent, C. eodem*, Gualdensis *de arte testandi. num. 6. de legat. caut. 6. num. vltim.* vers. *Quatenus tamen*, Roder. Suarez *l. 1. tit. de las ganancias, à num. 28.* vers. *Et contra hanc doctrinam*, Ant. Gomez *ad l. 9. Taur. n. 36.* Auēd. *de exequēd. mandat. 2. part. cap. 29. num. 10. & 12.* Gutierr. *de iuram. confirmat. 1. part. cap. 5. num. 21. & . 2. part. cap. 6. num. 5.* Mascard. *de probat. tom. 1. conclus. 356. num. 18. & concl. 364. & 395. per totas*, Menoch. *cons. 39. à num. 68. & num. 76. lib. 1.*

44 ¶ Ni menos que se diga, que quando pudiera valer in vim legati, aut fideicōmissi, esto se deuia entender caso q̄ no estuuiera reuocado, como lo està en el primero codicilo, y assi q̄ de testamento reuocado, ò invalido, nullam habendam esse rationem cum ex eo nulla resultet probatio, *ex l. cum quis decedens 35. §. codicillis, ff. de legat. 3. l. Lucius 90. §, quisquis el segundo, ff. de legat. 2.* vbi Bart. in quibus iuribus probatur: *Quod si testator in testamento confiteatur debitum, & posteà super viuat, nō inducitur per dictam confessionem cōtra ipsum probatio, nisi interveniat iuramenetum, vel partis præsentis acceptatio, vel notarij stipulatio:* vt in Authēt. *quod obtinet, C. de probat.* Mantica *de coniectur. vltim. volunt. lib. 10. tit. 4. n. 2.* quod dixit Abb. *in cap. fin. de succes. abintestat.* & post Gutierr. & alios, Parlad. *rer. quot. lib. 2. cap. fin. §. 4. de confes. num. 18.* & quod talis cōfessio possit reuocari probat: text. *in l. 4. ff. de adimend. legat.* Mantic. *d. tract. lib. 9. tit. 8. num. 11.* Ant. Gomez *var. tomo. 1. cap. 12. de legat. num. 8.*

45 ¶ Porque a estas dos oposiciones se respōde. A la primera, que la confession hecha en el testamento valet & tenet en este caso, porque aunque es cierta la conclusion de que testatoris assertio aut declaratio in testamento, nihil officit. tertio, *ex dict. l. qui testamētum, & ex rationis & authoribus su-*

ſupra num. 33. eſta ſe deue entender quando eſta confeſsion no tiene principio de verdad, ò es en perjuyzio del tercero, pero no quando le dan las conjecturas, ò prouanças veriſimilitud, que entonces ella por ſi ſola diſpone, y tanto mas quando no pudo ſer en perjuyzio de tercero, pues al tiempo del teſtamẽto ningun derecho auian adquirido las partes contrarias, optimê Dom. Ioſeph Vela *diſſertat. 38. nu. 35.* ibi: *Iam ad ſecundum ſecundi argumenti accedamus, quo hæredes Franciſci nittebantur, ſumptum ex altera Michaelis declaratione in teſtamento facta, quod ex ea iuris regula impugnabatur, qua traditum eſt teſtatoris aſſertionem, vel confeſsionem, etiã iuratam in tertij præiuditium non probare. Verùm hæc impugnatio fragilis nimis eſt, quia regula illa nõ procedit cum talis cõfeſsio primordijs adiuuatur veritatis, vt alioqui dicitur, in l. cum filius 76. §. hæres meus, in fin. illic: Quod veritatis primordio adiuuaretur, ff. de legat. 2. aut aliàs ex coniecturis valde redditur veriſimilis, &c.* Y en nueſtro caſo no ſolo ay conjecturas, y preſunciones, y veriſimilitudes, ſi no prouança muy plena de la compañia, vt manet probatum, y ningun perjuyzio cauſaua a perſona alguna el Maeſtro Puerta, que ni tenia herederos forçoſſos, ni acreedores a quien defraudar, ni auiã adquirido derecho alguno las partes contrarias, y aſsi (aun proſigue el ſeñor don Ioſeph Vela:) *Præfata itaque regula tantum obtinet locum quando ſola adeſt teſtatoris aſſertio, vel confeſsio in teſtamento facta etiam cum inramento abſque vllo alio adminiculo, nec enim illa potens eſt ad præiudicandum tertio, ſine iure ei quæſito ex iuris, vel hominis diſpoſitione, &c.*

46 ¶ A la ſegunda opoſicion, de que quedò reuocada eſta confeſsion en el codicilo, y que aſſi no pudo valer, neque in vim legati, neque fideicõmiſsi, ſe ſatisfaze. Lo primero, con que del miſmo codicilo de que ſe valen los contrarios conſta con euidencia que no reuocò la confeſsion y aſſercion de la compañia entre el y eſtas partes, que en el teſtamen-

tamento auia hecho, porque si se ponderan atentamente las palabras del codicilo, se verá con quanta atencion conservô el derecho de sus primas, pues entra diziendo, que su voluntad ha sido y es de fundar dos capellanias *de su hazienda*, y esta palabra, *suum*, adiectum legatis, solum denotat legare voluisse testatorem ius quod in illa re habet, optimus textus vbi Gotifredus in notis & cæteri DD. *in l. vxor patrui, C. de legatis, DD. in l. quod in rerum, §. 1. ff. de legat. 1.* vbi latè Iason, optime Socin. iun. *cons. 74. num. 19. volum. 1.* adonde resuelve, que el testador se entiende que quiso disponer respectu tantum iuris quod habebat, aunque el legado reddatur nullũ, vt hæres non oneretur, y trae el texto en la *l. sticho, ad finem, de vsufruct. legat.* ibi: *Verum si ex alia causa acquisitio cessasset, videri stichum (si post mortem eorum quibus proprietas legata esset, testamentum fuisset) potius, quod se habere crederet, quam quod onerare hæredes vellet legasse*, latè Caldas Pereyra *de emption. & vendition. cap. 10. per totum*, vbi ad nostrum propositum, auiendo dicho en el num. 2. que hæc pro nomina possessiua meum, tuum, suum dominium significant, y prouadolo con algunos textos, y dicho, que el que vende su fundo, ò su casa, debet adijcere, nec esse communem cum altero, porque el verbo, *suum*, denota tambien lo que es comũ con otro, dize prosiguiendo estas palabras: *Vnde licet in legato, vel simili dispositione fundi, quando est appositum pro nomen*, meum, *non censeatur appositum ad limitationem, sed ad demonstrationem, secundum Paulum de Castro in l. si ex toto, ff. de legat. 1. Tamen quando testator haberet solum partem fundi legati, tunc secundum Paulum ibi: Pro nomen*, meum, *operatur limitationem legati, & illud restringit ad partem, quæ tempore testamenti testatori competebat, &c.* Luego auiendo dicho en el testamento el Maestro Puerta, que las viñas que auia cõprado y criado en termino de Albolote, cuyos titulos estauan en su cabeça, el proprio derecho tenian estas partes que el, disponiendo en el codicilo con la

palabra, *de su hacienda*, tantum de su parte dispone, y no de lo que es ageno, sin querer grauar a estas partes, que son sus herederas, instituydas por su testamẽto, en lo que fue del Maestro? secundum doctrinam Socini iunioris.

47 ¶ Calificase mas esto con lo que en el mismo codicilo añade, para que no quedasse duda de que solo disponia de su parte, pues quando acabò de nombrar los bienes de que se auian de erigir las Capellanias, haziendolos espirituales, dize estas formales palabras: *Y quiere que desde luego todos estos bienes se erijan en espirituales, en quanto es de su parte, assi lo quiere, y dispone, y los hace, y suplica al señor Arçobispo, &c.* Que mas claro pudiera disponer tantum de sus bienes? Que palabras mas significatiuas de su voluntad pudiera dezir en quanto a ello?

48 ¶ No se contentò con esto, sino que passa adelante, y auiendo dicho que numero de Missas se auian de dezir por el Capellan, en que Iglesia, y por quien, dize: *Con calidad, que de dichas dos casas, y heredades de viña, y oliuar han de gozar las dichas sus primas todos los dias de sus vidas, y assimesmo han de regir todo el vino, y toneles, y tinaxas, y demas frutos de su hacienda, porque con la experiencia que tienen las susodichas de los años que la han assistido, lo haran mejor que el Capellan, como cosa suya que les pertenece.* En que notando dos cosas se verà con euidencia que no dispuso mas que de la parte de sus bienes.

49 ¶ La primera es, como vsò aqui del pronombre, *suus*, poniendole en lugar donde dà a entender que la hazienda es de sus primas, como lo auia dicho en su testamento, y esto se conoce, pues auiendo dicho, *han de gozar las dichas sus primas todos los dias de sus vidas, y assimismo han de regir todo el vino, y toneles, y tinaxas, y demas frutos*, dize inmediatamente, *de su hacienda*, quod necessario, como reciproco relatiuo ha de hazer relacion ad proximê nominatas, que son, *las dichas sus primas*, eo quod relatio debet fieri ad ea quæ proximê præcesserant,

cesserant,& viciniora sunt in dispositione, *l. hæredes palam*, §. *sed et si notam*, ibi: *Vicinis scripturis*, *ff. de testamentis*, & cum Bart. Cephalo, & Graito, Dom. Valençuela *cons. 133. num. 63*. aliàs dixera: *Y assimismo han de regir todo el vino, &c. de mi hacienda*. Y acaba de sacar de toda duda la causa que dà el mismo testador para darles este regimen y gouierno a sus primas, que es, *porque con la experiencia que tienen las susodichas de los años que le han assistido, lo haràn mejor que el Capellan, como cosa suya a que les pertenece*. Que cosa mas euidente para explicar, que el reciproco relatiuo arriba dicho, *de su hacienda*, es la de las susodichas, como cosa suya que les pertenece?

50 ¶ La segunda que se ha de notar es, que auiendo eneste primero codicilo dexado el Maestro Puerta por vsufrutuarias por los dias de su vida a las dichas sus primas, les dà este regimen de todo el vino, toneles, tinaxas, y demas frutos, diziendo, *que lo haràn mejor que el Capellan, como cosa suya a que les pertenece*. Pues si quedauan por vsufrutuarias en todos los bienes assignados a la Capellania por todos los dias de su vida, mientras gozauan el vsufruto viuiendo, en que se podia entrometer el Capellan, que no era parte hasta acabado este vsufruto cõ la muerte de las susodichas? Luego bien se reconoce, que el vsufruto que les dexaua era solo de la parte que le tocaua al Maestro Puerta, y lo que quiso fue, que no hiziessen en su vida separacion delos frutos, si no que sus primas los gouernaràn y rigieran junto con el suyo, para que quando murieran se hallara mas aumentado en su parte, como regido por quien lo tenia entendido, queriendo que en quanto a estos frutos durara la compañia hasta la muerte de ellas, y consiguientemente de mas valor la Capellania, prohibiendo al Capellan el hazer esta separacion de frutos en vida, y en mi sentir no puede tener otro entendimiento mas adequado esta disposicion.

51 ¶ Y corre esto muy conforme a derecho considerando, que el testamento quedò siempre conser-

conservado por el Maestro, y assi siendo el codicilo testamenti sequela, se han de interpretar las palabras de manera que entre si no se contrarien antes se han de reduzir â concordia quantum fieri possit: per textum *in cap. inter dilectos*, §. *cæterum*, *de fide instrumentorum*, Bart. *in l. fin.* §. *item, num. 4. ff. de condit. indebit.* & cum Bald. Felin. Barbos. *in collectan. ad dict. cap. inter dilectos, num. 25.* vers. *Distinguendum videbatur*, in terminis Dom. Ioan. del Castillo cum Prętis, Decio, & Parisio *tom. 4. cap. 22. nu. 69.* Y ninguna concordia, ni mas ajustada puede darse como la que se contiene en el numero antecedente.

52 ¶ Y vltimamente se deue hazer gran reparo en el modo de la declaracion, y confession de el Maestro Puerta con quanta deliberacion la hizo, repitiendolo y geminandolo en diuersas clausulas, y dando tantas razones de como truxeron bienes a su casa quãdo a ella las lleuò pequeñas, despues de la muerte de sus padres: que comprò algunas viñas, cuyos titulos estan en su cabeça: que el proprio derecho tenian a ellas què el: que las casas se auian labrado, y las viñas criado con el trabajo de las susodichas, y suyo, y assi como tal suyo las dexa desde el dia de su fallecimiento por dueños y señoras de ello; todas estas razones quando estaua mas entero, y sin sospecha de demencia, ni turbacion, sin que se diga que fue persuadido ni afligido con ruegos, si no lleuado de su verdad en vn testamento que siempre quiso morir y muriô debaxo de su disposicion, tal, que aunque le reuocara expresse, aun le quedaran fuerças para que fuera indicio de su voluntad, vt in terminis Bald. *l. 1. ff. de fals. caus. adiect. legat. num. 8.* ibi: *Quæro an testator hanc confessionem possit reuocare* (habla de vna confession de liberacion hecha en vn testamento) *dicit Bart. Quod sic, quia est vltima voluntas. Alij dicunt contrarium, vt supra, de non numer. pecun. l. generaliter. Et dic, quod non, quia non potest reuocare quin faciat inditium*: optimê Hector Capicius Latro *consultat. 152. tom. 2.* adonde tratando de vna confession hecha por vn

testador

testador en su testamento, y despues reuocada, dize en el num.20. *Attamen respondetur, quod vera est conclusio de iure, quod etiam ex testamento nullo, & reuocato habetur mens, & volũtas disponentis, l. fin. vbi Bart. & cæteri, ff. de rebus eorum, Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 15. & cons. 682. num. 10. Romano cons. 179. num. 16.* Y en el num. 24. añade, bien al proposito de las repeticiones y geminaciones desta compañia que hizo el Maestro, assi en el testamento, como antes, y despues del: *Oritur etiã ex his geminata confessio, quæ reuocari non potest prætextu erroris, quia præsumitur deliberatè facta, Decius in l. vnica, num. 7. C. de error. cal. vbi etiam Iason num. 8. quæ quidem procedere debent etiam respectu seruitiorum in eodem testamento, & transactione confessorum*, videndus Dom. Valençuela *cons. 124. num. 20. & 21. tom. 2.*

53 ¶ No reuocado pues el testamento por este primero codicilo, y quedando como queda en su fuerça la assercion y declaracion del Maestro Puerta resultan en fauor de estas partes dos principios en derecho innegables. Es el primero, que toda la hazienda que quedò por su muerte es comun entre el Maestro y sus primas, y assi solo pudo disponer, y verdaderamente dispuso de la parte que era suya tantum, vt manet probatum. El segundo, que caso negado que todos los bienes fueran del Maestro, auiendo declarado que eran comunes, y no reuocado esta declaracion, como tambien es cierto, ex dictis, se ha de sustẽtar in vim legati, y tanto mas no resultando la confession in tertij præiuditium, vt probant penè innumeri DD. quos refert D. Ioseph Vela *dissertat. 42. à num. 1. vsque ad 8. tom. 2. qui num. 3.* sic inquit: *Tamen quomodocumque confessio in testamẽto facta sit, saltim in vim legati sustinetur, quatenus legis prohibitio cessat, aut filiorum legitimæ non præiudicat, vt constat ex dict. l. testamentum, &c.* Et inferius paucis interpositis: *Et in confessione testatoris penitus extranei, quod indistinctè in vim legati valeat, quoniam omnino ea fraus, aut filiorum*

praiuditiũ cessat probat apertus, text. in l. Lucius Titius 88. aliàs 90. §. quisquis 2. ff. de legat. 2. Con q̃ no corren en fauor de las partes contrarias estos textos y doctrinas opuestas supra num. 34. porque se deuen entender quando la confession es en perjuyzio de tercero, ò està reuocada en otra vltima disposicion, y assi el vsufruto que a estas partes dexò el Maestro Puerta su primo, caso que este codicilo valiesse, solo se sustentarà en la parte que de la compañia le huuiesse de tocar.

54 ¶ Restat nunc aueriguar, qual serà esta parte, vtrùm, la mitad, vtrùm, la tercia parte, como entre tres consocios desta compañia; y es indubitable que la hazienda se ha de partir en tres partes, dando en propriedad a cada vna de estas partes vna, y la otra en vsufruto, siendo valido (vt semper præsupponimus) este primero codicilo, lo qual se prueua, *ex l. si non fuerint, in princip. ff. pro socio*, ibi: *Si non fuerint partes societate adiectæ æquas eas esse constat, l. cum in societatis 3. C. eodem, §. 1. Instit. de societate*, ibi: *Et quidem si nihil de partibus, lucro & damni nominatim cõvenerit æquales partes, & in lucro, & in damno spectandæ*, vbi Ioan. Arn. Corvinus, vers. *Qualescumque pactiones*, consonat *l. 3. & 4. tit. 10. part. 5.* Fachin. *lib. 2. controuers. cap. 94.* vers. *Tertium*, Molina *de iustit. & iur. tractat. 2. disput. 415.* vers. *Quando socij*, Cardin. Mantic. *de tacit. & ambig. convent. lib. 6. tit. 14. num. 3.*

55 ¶ No se le olvidò esto a Paulo de Castro en el consejo 349. por quien discurrimos supra â num. 34. que en el ocurriò la misma dificultad nu. 3. ibi: *Secundò quæritur, pro quota parte sit huic Raphaeli communicandum, & à quo tempore.* Y responde: *Respondeò ad primum, pro rata ipsum contingente inspectis alijs fratribus, nam si erant quatuor fratres operantes in apotheca debet habere quartam partem: si tres, habeat tertiam; quia videtur in dubio cõtrahi societas, vt æquales partes fiant, vt l. si non fuerint, in princip. ff. pro socio. & Bart. etiam hoc tenet in dict. §. altero, in fin.*

A que

56 ¶ A què no puede obstar, ni viene aqui à proposito la *l. interdum, ff. de hæredib. instituend.* si se ponderare, que el Maestro Puerta dixo en la segunda clausula del testamento, que el proprio derecho tenian sus primas à los bienes que auia referido que el, porque quando dixo estas palabras no disponia, si no que declaraua la compañia entre los tres, y assi dize bien, que el proprio derecho tenian sus primas a los bienes que el, i, que siendo compañia inter ipsos se ha de entender discretiuè, hoc est, el mismo derecho cada vno a su parte de bienes, y assi no dixo, *tanta parte tengo yo à los bienes como mis primas*, en que pudiera aliquo modo verificarse el *æquè* de la ley *interdum*, si no tanto derecho, que esto mira a la acciõ de cada vno à la compañia, pero no a la quota de ella, que esta, no dandose paccion quotitatiua in principio, queda en la presunciõ del derecho de que ha de ser per capita, vt probauimus supra ex *l. si non fuerint*, & alijs iuribus, & ex doctrina expressa Pauli de Castro.

57 ¶ Lo segundo se responde, que aunque de la ley *interdum* se haga argumento por dezirse que este es valido de vltimas voluntades à contractos, vt post Euerardum *in topicis legalis loco 17.* juntando casi innumerables lo prueua Barbosa *in suis locis commun. loco 26. num. 3.* & nouissimè D. Anton. Dueñas *in suis axiomatibus, lit. A. num. 365.* attamen, este argumento le limitan todos quando adest diuersa ratio, vt videre est apud hos DD. y aqui es diuersissima la razon, porque en la ley *interdum*, concurriendo a vna herencia diuersas personas que dos, ò tres, ò mas, representarân vna cabeça, y otros que cada vno tuuiera derecho por si, es sin duda que todos los que representaran vna cabeça lleuarâ vna parte sucediendo in stirpem, y losque por si tuuieran derecho lleuaran cada vno tanta parte, sucediendo in capita: pero nombrandolos y llamandolos a la sucession con la palabra, *æquè*, fue llamarlos a todos in capita. Y en nuestro caso de contracto perfecto de compañia que no tuuo à principio partes señaladas,

nada

nada obrara la palabra, *igualmente*, à consocio prolata, y asi no es texto adaptable a este caso en que estamos.

58 ¶ Y porque no quede oposicion alguna sin respuesta: a la que hazen diziēdo, que auiendo entrado en casa del Maestro estas partes (como el dize en la primera clausula del testamento) *chiquillas*, no pudo auer compañia entre ellos, y asi se presume por la inequalidad, & quia contractus societatis est vltro citroque obligatorius, y el pupilo no se puede obligar, vt probat Menoch. *dict. præsumpt. 56. num. 6.* ibi: *Secundus est casus, quando plures fratres, vel afines, vna simul habitant, sed eorum aliqui pupilli adhùc sunt. Hoc in casu absolutũ etiam est, cum illis contractam nõ præsumi, nec esse societatem*, quod probat ex quam plurimis DD.

59 ¶ Se responde, que aunque estas partes entraron en casa del Maestro Puerta pequeñas, lleuando (como el lo dize) su hazienda, y asistieron en ella y la compañia hasta que fueron de mas de cincuenta años de edad, se vino a formar la compañia desde el tiempo que fueron mayores, y se ratificò aquella del principio, asi el mismo Menoch. *dict. præsumpt. num. 17.* donde declarando la presuncion referida dize: *Declaratur tertio, vt non procedat quando pupillus factus maior ratificaret, &c.* Y cita muchos Doctores.

60 ¶ Tambien lo dixo Paulo de Castro en el consejo referido, donde auiendo entrado diziendo: *Ex die quo iste Raphael factus maior incapit operari, &c.* Y preguntado despues en el num. 3. â quo tempore sit communicandum, dize: *Ad secundum respondeò, quod à tempore quo dictus Raphael incepit negotiari debet Ioann. communicare, &c.*

61 ¶ Luego si en està nuestra compañia confessada por el Maestro, prouada con testigos, y con las presunciones que el derecho y los Autores califican, trabajaron ya mayores tantos años estas partes, y con su industria acrecentaron la hazienda, nada importa que al principio fuessen menores, y

asi

aſsi reſulta de todo lo dicho prouado que lleuaron hazienda a caſa del Maeſtro Puerta: que ſe formò y continuò la compañia igualmente entre ellos: que de ella han de lleuar partes iguales, ſin embargo de las opoſiciones contrarias, aùn en caſo que valga el Codicilo primero, que no valiò, vt probauitur puncto ſequenti.

SEGVNDO PVNTO.

62 ¶ *Que el primero codicilo otorgado ante Luys de Segouia Bonifaz, eſcriuano de la Cruzada, fue invalido ex defectu voluntatis, & poteſtatis, y que caſo que valieſſe, antes califico la declaracion de el teſtamento.*

63 CONSISTE la inteligencia de lo que en eſte ſegundo punto ſe propone para el fundamento que tiene en el derecho, en aſſentar en el hecho, que eſtà prouado con muchos teſtigos, que auiẽdo caydo enfermo el Maeſtro Puerta, eſtando ſus primas (por quien eſcriuo) auſentes de eſta ciudad, en Albolote, cuydando de la hazienda; ſe fue a caſa del dicho Maeſtro doña Andrea de Villa-Real, muger de Gonçalo de Ziezar, ſin ſer llamada, y ſe eſtuuo en ella haſta que el Maeſtro muriò, y aunque luego ſe deſcubriò que la enfermedad era de peligro, por ſer tabardete, y dolor de coſtado, no auisò de ello à eſtas partes, aunque vinieron a la caſa diferentes perſonas de Albolote, y bolvieron a aquel lugar, y a no auerles dicho vn vezino de alli la enfermedad, muriera el Maeſtro ſin ſaberlo ſus primas. Ponderan eſto para la traza con que ſe fue procediendo a diſponer el codicilo en la forma que ſe referirà.

64 ¶ Tambien eſtà prouado, que el dia veynte y quatro de Março de 652. que fue Domingo de Ramos, como a las cinco horas de la mañana, eſtando ſin el crecimiento, le lleuò el Cura de la Par

roquia de señor san Andres el Santissimo Sacramẽto, y preguntandole si tenia algo que disponer, respondiò, que ya tenia hecho su testamento ante Geronimo de Frias, y no tenia que añadir ni quitar en el, y con esto le comulgò. Y que despues, como a las ocho, entrò en la sala donde estaua enfermo el Maestro, Gonçalo de Ziezar, y llegò a hablar al enfermo, y le persuadiõ hiziesse vn codicilo, y en el fundasse vnas Capellanias para sus hijos, y que el Maestro respondiò, que no queria hazerlas, que el tenia dispuesto lo que convenia a su conciencia; y que aquella mesma mañana, auiendose hablado en que la dicha doña Andrea le deuia a el Maestro dos arrouas de azeyte, y dicho ella que ya auia pagado arroua y media, y que se contentasse cõ ello porque valia a treynta y quatro reales; el Maestro respondiò, que no importaua, que era justo se pagassen enteramente.

65 ¶ Assimesmo consta de la deposicion de muchos testigos, que la dicha doña Andrea, el mismo dia veynte y quatro, como a las quatro de la tarde, andaua cuydadosa assomandose a las ventanas y corredores de dicha casa, de modo que causando sospecha le preguntaron estas partes que cuydado tenia, y primero respondiò, que ninguno; y despues dixo, que estaua aguardando a su marido que auia de traer vn escriuano para hazer cierta escritura en fauor de estas partes para que no pagassen sisa de los vinos que estauan en ser, ni de los que cogiessen. Y respondiendo doña Francisca de Torres, que como podria ser siendo ella y su prima seglares; satisfizo diziendo, que Gonçalo de Ziezar era muy astuto, y entendido en negocios, y lo dispõdria de modo que tuuiesse efeto.

66 ¶ Que con esta ocasion Gonçalo de Ziezar, poco despues, lleuò a Luys de Segouia escriuano, y amigos suyos para testigos, *sin auerlo pedido el enfermo*; y luego que entraron en la sala, siendo ya como las cinco de la tarde, y Gonçalo de Ziezar echò de ella a los que alli estauan, y cerrò la media puerta de la Sala, y en la otra media se sentò la dicha

doña

doña Andrea, y quedando solos el, el escriuano, y enfermo, y con vn papel que Gonçalo de Ziezar lleuaua escrito, fue ordenando al escriuano el codicilo, sin que el enfermo, en todo el tiempo que se dictò, dixesse cosa alguna, porque estaua suspendida la razon, y sin juyzio, y adormido con el grande crecimiento de la calentura, y diziendo desacuerdos antes y despues de començar el dicho codicilo, y despues de dictado llamò Gonçalo de Ziezar los testigos, y leuantò al enfermo, y le puso en la mano vna pluma, y lleuandole la mano le hizo poner vnos malos caracteres, sin hablar palabra el enfermo, ni saber lo que hazia, ni estar estas partes en la sala presentes, haziendolo y disponiendolo todo el dicho Gonçalo de Ziezar, y doña Andrea Villa-Real su muger.

67 ¶ Esto es lo que està prouado con gran numero de testigos, y dizen con gran comprehension de la materia, y con particularidades, que aunque fueran muy essenciales para lo que he de fundar no se puede dilatar en este papel, V. m. lo verà en el memorial, para ver si ajusto los fundamentos del de recho.

68 ¶ Supuesto por prouado lo referido (como verdaderamente lo està) es sin duda, que aunque el testamento, ò otra vltima disposicion regulariter se puede hazer ad alterius interrogationem, siue ille sit notarius, siue persona priuata cessante fraudis suspitione, vt ex glos. *in l. iubemus, C. de testament.* verbo, *quemadmodum*, vbi Ioan. Faber, Cinus, Bart. Bald. Angel. Fulgos. Salicet. & alij relati à Beccio *consil. 86. num. 7.* quem & alios refert Menoch. *lib. 1. cons. 45. à num. 2. cum seqq.* & post eum Surdus *cons. 414. à num. 53.* latè Dom. Ioan. del Castillo *lib. 4. controuers. cap. 27. num. 54. & 59.* & cum Alciato, Ruino, Tuischo, Gratiano, & alijs nouissimè Ioan. Baptist. Ciarlinus *controuers. forens. cap. 3. à num. 29. cum seqq.* & cum alijs quam plurimis Ioan. Baptist. Thor. *in compend. decis. part. 3. section. 3. liter. T.* verbo, *testamentum an validum iudicetur.*

69 ¶ Esto tiene muchas limitaciones que

prueuan

prueuan los Doctores referidos, que se adaptan a nuestro caso.

70 ¶ El primer caso en que se limita, quando no consta que el testador queria hazer testamento, ni otra vltima disposicion, ni tal voluntad auia mostrado, tunc non valet dispositio ad interrogationem aut notarij, aut alterius priuati, aunque responda que si, y tanto mas quando està grauado de la enfermedad, porque entonces se entiende que mas lo hizo por librarse de la molestia de las preguntas, que por testar, y que si fuera preguntado por otra causa distinta, respondiera lo mismo, sic Menochius *dict. cons. 45. num. 17.* ibi: *Primò me mouet ratio, quod quando non constat testatorem habuisse animum testandi, & infirmitate ita premitur, vt dubium sit de sana eius mente, testamentum ad notarij, vel alterius interrogationem, non valet. Nam videtur potius noluisse testari, quam testari. Et quod respondit ita agere velle, videtur potius egisse, vt ab ea interrogationis molestia liberaretur, quam vt ita testetur, & si fortè alia de re fuisset interrogatus, idem respondisset, sicuti considerat Cinus in dict. l. iubemus, col. 2. vers. Vltimo quaritur, C. de testament. dũ ait: Quod si fuisset ita interrogatus interfecisti hominem respondisset, sic, &c.* Y refiere a muchos Doctores que lleuan lo mismo, videndus Dom. Ioan. del Castillo *dict. cap. 27. num. 72.*

71 ¶ Pues que dixeran en nuestro caso, adonde està prouado, no solo que no quiso hazer el codicilo, si no que poco antes, quando no estaua grauado del crecimiento, auiendole persuadido Gonçalo de Ziezar a que le hiziera, y que dexara a sus hijos las Capellanias, lo repugnò diziendo, que ya auia hecho su testamento, y que no queria hazer otra disposicion. Y que preguntandole el Cura (quando le lleuò el Santissimo Sacramento) si tenia que disponer, respondiò, que ya tenia hecho su testamento, y que quando dixo esto al vno y al otro estaua en su entero juyzio, y no grauado del crecimiento; y que quando Gonçalo de Ziezar aquel dia a las cinco de

la tarde lleuò el escriuano, y hizieron el codicilo, estaua el Maestro tan grauado del crecimiento, que no estaua en su juyzio, y que deliraua, y que el no hablô palabra, si no que ordenaua Gonçalo de Ziezar lo que escriuia el escriuano, sin que se le oyesse palabra al testador, como lo deponen los testigos, y entre ellos el Medico que le curaua, y otros muchos, que no padecen tacha, por ser gente principal, de buena vida, y fama, que bastaran dos solos ad probandum dolum, & dubiam testatoris voluntatem, vt considerat in simili Hector Capicio Latro *consultat.160.num.37.tom.2.* ibi: *Et tamen ex fide duorũ Religiosorum, optima vita, & fama, apparet quod tempore testamenti confecti per dictam diucissam, ipsis non videbatur stare in recto sensu, neque loqui vllo modo poterat, nec in statu condendi testamentum, sed morbo & febre acuta in capite oppressa iacebat moribunda, & duo testes sufficiunt ad probandum dolũ, ac dubiam testatricis voluntatem, glos. in l. hæredes palam, §. si quis post, vbi DD. communiter, de testament. glos. in l. fin. C. famil. ercifcund. Alvarad. de coniectur. ment. defunct. lib.1. cap.3. num.7. & c.* Y prueua mas abaxo en el num.41. que se puede prouar con testigos singulares, ex Boer. *decis.100. & 101.* Surd. *cons.373. num.33.* Afflict. *decis.69. num.4. & decis.24. num.6.* Y el caso es de vn testamento que no le ordenò la testadora, si no que en otro aposento se escriuiò, y despues se otorgò ad interrogationem, vt videre est apud eum num.46.

72 ¶ Corre esto con mayor llaneza considerando, que el dicho Gonçalo de Ziezar lleuaua vn papel en que yua escrito lo que auia de dictar al escriuano, como lo deponen los testigos, en cuyo caso illa dispositio ad interrogationem non valet, vt considerat Romanus *cons. 309. in 2. dubio*, adonde responde, non subsistere testamentum illius testatoris interrogati ab eo qui accessit cum testamento scripto, & dixit, facista? Et respondit ille interrogatus, quod sic ita, lugar que refiere Menoch. *dict. cons. 45.* y latamente el señor don Iuan del Castillo *dict.*

cap. 27. num. 72. ibi: *Sed si quis in iussu testatoris testamentum aliquod ordinauerit atque scripserit, & posteà coram ipso, & etiam coram testibus lecto tali testamẽto interroget testatorem an ita velit? Et testator respondeat quod, sic, tale testamentum nihil penitus valebit.* Y refiere muchos Doctores que prueuan esta conclusion.

73 ¶ Luego si el Maestro Puerta estaua grauado del accidente del crecimiẽto de modo que no hablaua, y si hablaua eran delirios, y de enfermedad de que murió tan breuemente, que aun sin el accidente tan graue bastàra para no estar en si, vt aiebat Plato *lib. 11. de legibus. Deliramus prorsus, & fracto, quodammodo animo iacemus, plerique cum iam nos morituros arbitramur.* Y es muy de este lugar lo que refiere Antonio Mornatio, doctissimo Frances, en sus obseruaciones a algunos libros de los Digestos, y del Codigo, en la que hizo a la *l. 10. ff. famil. erciscund.* que le dezia vn Senador muy erudito y de mucha edad, y que auia sido juez muchos años, que siẽpre tenia por sospechosas y fraudulentas las disposiciones que se hazian allà al fin de la vida, y dà la razon: *Vrgente enim vi morbi, metuque iminente fati proximi, verè tunc peregrinatur, vagatur, percellitur, fluctuatque huc illuc impos sui animus, nec videt iudicatque testator quid redemptus, vt sapissimè scribat tabellio.* Quien puede dudar que fue mas diligencia de Gonçalo de Ziezar este codicilo, que voluntad del testador? Que bien san Gregorio el Magno *in registro lib. 11. cap. 36. Cessent* (inquit) *testamentorum insidia mens tunc imminuta, animusque parum validus.* Que parece es lo mismo que lo de la *l. iubemus, C. de testament.* ibi: *Si enim talis est testator, qui neque scribere, neque articulate potest loqui, mortuo similis est, & falsitas in elogijs committitur.* Y no importarà que se diga, que el Maestro escriuia, y firmò este codicilo, porque ya dizen los testigos como firmò, leuantandole el escriuano y Gonçalo de Ziezar, y lleuandole el la mano, con que hizo vnos caracteres, que en la verdad no los hizo el,

 ni

ni son firma, y advierten que dixo el escriuano, que aquella no era buena firma.

74 ¶ El segundo caso en que se limita la dicha regla es, quando interrogatio fit à persona suspecta, como lo es Gonçalo de Ziezar, pues el fue el que primero persuadiò al Maestro que hiziera las Capellanias para sus hijos, y quien, auiendoselo negado por dezir, que ya tenia hecho su testamento, lleuò al escriuano, y la disposicion escrita para conseguirlas: quien dictò y ordenò el codicilo: quien impidiò a estas partes la assistencia en la sala donde estaua el enfermo, poniendo a su muger a la puerta, que ya estaua auisada de lo que se auia de hazer, pues andaua con tanto cuydado mirando por el corredor y las ventanas si venia, diziendo, que era para hazer vna escritura que cautelaria su marido para que no se pagasse sisa de los vinos: optime Paulo de Castro en vna interrogacion hecha por vn Religioso, para que a vnos sobrinos suyos les nombrasse vno por herederos, *cons.155. viso puncto, lib. 1. num.1.* ibi: *Et idem dicendum est de alij verbis, vt dicitur prolatis tempore infirmitatis, de qua mortuus est, ad interrogationem Magistri Thomasij, qui vt verosimiliter creditur hoc fecit in fauorem suorum nepotum, quos volebat esse suos hæredes*: sequitur in nostris terminis Menoch. *dict. cons. 45. num. 19.* ibi: *Quo fit vt licet aliàs testamentum ad interrogationem conditum valeat, non tamen substinetur cum duo hæc concurrunt; nempe grauis infirmitas & interrogatio facta à suspecto interrogante.*

75 ¶ El tercero caso es, quando el testador tenia hecho testamento solemne con deliberacion, y en tiempo que tenia todo su juyzio, como el que auia hecho, y que siempre quiso se conservasse, y la razon es, porque no se puede presumir que quiso variarle, y mudar voluntad tan acordada ad solam interrogationem à suspecto interrogante, y quando estaua ya tan grauado, quitando a sus primas lo que verdaderamente era suyo, y darlo a vnos estraños, que en ninguna manera (como esta prouado) le han

gota

gota de sangre, y que poco antes, quando estaua en juyzio, lo auia negado, diziendo, que ya tenia hecho su testamento; es consideracion de Paulo de Castro d. ct. consi. 155. ibi: *Pro quo etiam facit, quia hic præcedebat testamentum solemne, & validum, quod non est credendum testatorem voluisse vnico verbo reuocare: argument. l. si quando, ff. de inofficios. testamēt. Si enim hoc facere voluisset, non conduxisset se ad tēpus mortis, sicut nec cum fecit primum testamentum, nec expectasset interrogari, sed proprio motu fecisset, &c.* Y siguile Menoch. *dict. cons. 45. num. 20.* donde aprouando esta razon de Paulo de Castro, dize: *Et satis solida est ratio à Castrensi perpensa, quod nō præsumitur testatorem voluisse ad simplicem alterius interrogationem, maximè cum interrogans suspectus est, vel e tùnc, quando egritudine premitur, & extremis laborat, immutare, & irritum vno momento facere, quod solemne & deliberatè iam fecit, & quod tanto temporis spatio quo poterat reuocare comprobauit: argum. l. si quando, &c.* videndus Petr. Surd. *dict. cons. 414. num. 11.* vbi alios refert & Paulum Castrensem secutus sic ait: *Tertio limitant DD. non valere testamentum ad interrogationem, quando præcessit aliud testamentum solemne, & validum, & factum à testatore mentis compote, illud namque non reuocatur per secundum ita factum, &c.* sic etiam Gaspar Anton. Thesaur. *quæst. forens. lib. 1. quæst. 56. num. 10.* que cita a Iason *cons. 131. in fin. lib. 1.* adonde llama a semejante reuocacion: *Tumultuarium mētis impulsum.* Y esto es quando preguntado el testador respondiò, que si; ò hablò; pues que serà quando no hablò palabra, como lo dizen los testigos.

76 ¶ El quarto caso, en que se limita la regla propuesta, y en que es inualida la disposicion hecha ad interrogationem, es quando el escriuano fue lleuado, ò llamado por otro que el mismo testador, sic Petr. Surd. *dict. cons. 414. nnm. 10.* ibi: *Secundò limitatur dicta conclusio, vt non procedat quando notarius non fuit adhibitus per testatorem, sed ab hærede, vel alio illius domestico submissus, quia tùnc non*

valet

valet testamentum factum ad interrogationẽ, declarat Baldus, &c. Y en nuestro caso quien llamò, quien lleuò al escriuano, y este amigo suyo, y a los testigos, que tambien lo erã, fue Gonçalo de Ziezar, y quien ordenò el codicilo para Capellanias a sus hijos, sin ser deudos, ni parientes, para subertir vna voluntad, en que con tanto acuerdo auia dispuesto, declarando lo que era suyo, y dexandolo a sus primas, compañeras tantos años assistentes al ganar aquella hazienda, y a conseruarla, y al regalo de su primo y compañero: assi discurria Iacob. Cancer. *variar. tom. 1. cap. 4. num. 138.* en otra disposicion reuocada tumultuariamente, diziendo: *Et demum prædicta magis procedere dixi, cum ageretur de reuocatione alterius testamenti, iam anteà maturè, & deliberatè facti, & ita benè ordinati, vt à quolibet ordinari posset, quod est magis considerationis, &c.* Y es digno de reparo, que el que aquel mismo dia no auia querido perdonar media arroua de azeyte, si no mãdado se cobrasse de doña Andrea Villa-Real, ni assentido a lo que le pidiò su marido de que fundasse Capellanias para sus hijos, y dexadole solamente al vno de ellos el nombramiento de vn patronato de tan corta renta como dos ducados, cõ el trabajo de cobrarla para vnas memorias; luego les dexasse todo su patrimonio, quitandoles a sus primas, no solo lo que de su parte les dexaua, si no tambien lo que ellas verdaderamente tenian, y era suyo, lleuado a casa del Maestro, y aumentado con su industria y trabajo.

77 ¶ Luego no es dudable que este primero codicilo, otorgado ante Luys de Segouia Bonifaz, fue invalido ex defectu voluntatis, pues nunca la tuuo de hazerle, ni le llamò para ello, si no que le lleuò Gonçalo de Ziezar, y el lo dispuso, y obrò todo, y antes tuuo voluntad contraria, y repugnante. Y assimismo *ex defectu potestatis*, pues estaua grauado del accidente del crecimiento, sin juyzio para disponer, y assi ni hablò, ni ordenò, ni firmò, porque le lleuaron la mano, con que por todos medios fue invalido este codicilo.

78 ¶ Y que en qualquier acontecimiento aun no acertaron a subertir totalmente el testamento, si no que se calificaron las declaraciones hechas en el codicilo, que es la vltima parte deste segundo punto, que por auerlo prouado latamente en el primero, por responder alli a las objecciones que nos podian hazer, aunque eran deste, passo al tercero y vltimo.

79 ¶ *Que el segundo y vltimo codicilo fue valido por tener los requisitos de potestad y voluntad, y que assimismo calificò la disposicion del testamento, y declaraciones del.*

80 DE este punto nos expediremos con breuedad, pero serà preciso advertir, que auiendo cessado el accidente del crecimiento, y entendido el Maestro Puerta que se dezia que auia otorgado vn codicilo, y dicho el que de tal no se acordaua, pero que le truxessen escriuano que el lo remediaria; y auiendo llamado vn escriuano para reuocarle, llegò a la ocasion Gonçalo de Ziezar, y viendo que queria otorgar otro codicilo, porque no se dixesse contra el credito suyo lo que en el primero auia passado, dispuso, que en este vltimo se hiziesse relacion del primero, y se quitasse todo el grauamen de Capellanias, vino, y toneles, y solo quitô el grauamen de que el vino y toneles siruiessen para las Capellanias, dexandoselas fundadas; que era lo que queria el Maestro se deshiziesse y reuocasse, haziendolo todo, y ordenandolo á su modo Gonçalo de Ziezar; esto està prouado con muchos testigos.

81 ¶ De que resulta quan sin fundamento entrarõ las partes contrarias pretendiendo, que este vltimo codicilo se auia de reuocar, por dezir, que el Maestro Puerta ya no estaua en su juyzio, siendo assi que lo estaua, como lo deponen los testigos, y que lo que queria ordenar y disponer era, que totalmente las Capellanias no se hiziessen, y esta era su vltima voluntad, y la traza pudo tanto, que no solo diò lugar a que se reuocassen estas Capellanias, sino que tirô a calificar aquella disposicion, haziendo mencion de ella en esta vltima, y confirmandola con la limitacion: pero estando prouado que la voluntad fue reuocarlas, ha de preualecer la voluntad del testador; atendiendose mas a ella que a las palabras, *l. 3. C. de liber. præt. l. ex facto la 2. §. rerum Italicarum, ff. de hæred. instit. ipsa enim est quasi regina, quæ in omnibus dominatur, l. in conditionibus, ff. de condit. & demonstrat. l. cum quæstio, in fin. C. de legat. & lex quantum potest pedetentim testatoris voluntatem sequitur, non aliter, ac canis leporem,*

porem,

porem, son palabras de Baldo *in l. penult. C. de necessar. seru. hæred. instit.*

82 ¶ Y aqui esta voluntad non fuit in mente retenta, si no que la dixo y propalò diziendo, que queria reuocar el codicilo que le dezian auia hecho, y para ello mandò llamar al escriuano, y a no interponerse Gonçalo de Ziezar lo hiziera llanamente, que essa fue su voluntad, y lo que antes auia dicho, con que no es necessario andar por conjecturas, ni presunciones, ni pueden obstar los textos y las doctrinas de que voluntas in mente retenta nihil operatur, *l. si repetendi, ff. de condit. ob caus. l. quidam cum filium, ff. de hæred. inst.* Menoch. *de præsumpt. lib. 1. quæst. 26. num. 5* Surd. *cons. 321. num. 56.* ni lo que dixo Paulo de Castro *in l. si pluribus, §. si eadem, ff. de legat. 1. Quod si aliud voluit testator quam quod significatum verbum importat, sibi imputet, quare non declarauerit cum facile sibi fuisset.* Pues declarò su voluntad, y lo dixo delante de testigos, en que bastaran dos, vt considerat Anton. de Padilla *in l. cum virum, C. de fideicommis. num. 50.* vbi hæc verba subijcit: *Colligere autem licet ex eisdem textus verbis, testatoris voluntatem testibus quoque adiuuari, quod quotidie fit apud nos in Regio hoc Tribunali, cum enim de defuncti voluntate vertitur controuersia probationes per testes recipimus, vt callere tandem possimus, quæ demum fuerit voluntas testatoris, & sufficiet quidem in interpretanda dubia hac defuncti voluntate testimonium duorum testium, qui sint omni exceptione maiores: vulgat. l. vbi numerus, ff. de testibus & optimus textus in l. hæredes palam, §. 1. vers. Sed si, ff. de testament. hæc ille.* Luego este vltimo codicilo, con el aditamẽto de que la reuocacion ha de ser, no solo de los vinos y toneles, si no de las Capellanias, ha de valer, y tanto mas auiendole hecho quando ya no le grauaua el accidente del crecimiento, y que estaua en su juyzio.

83 ¶ Y con mayor razon siendo esta disposicion muy conforme a su testamento, actos ambos hechos quando estaua en su entero y acordado juyzio, y disposiciones, prudenter & benê ordinatas, y no como el codicilo primero, que (vt manet probatum) le hizo Gonçalo de Ziezar, y no el Maestro, que estaua priuado de juyzio con el crecimiẽto, y assi al testamento, y a lo que dispuso y quiso disponer en este vltimo codicilo, se deue estar, aunque tuuiesse aquellos inter-

intervalos delos crecimientos, pues lo que ordenò fue lo justo y razonable: ita considerabat Rota Romana *in decis. 144. nu. 29. in impressis, in reportor. vltim. voluntat. Farinacij*, dicens: *Absque dubio præsumendum est testatorem fuisse sanæ mentis cum fecerit testamentum prudenter, & recte ordinatum, vt patet ex eius lectura, quod sufficit ad eius validitatem, etiam si fuisset factum ab eo, qui aliquando habuisset dilucida intervalla, quia nulla maior sanæ mentis conjectura datur, quam illa, quæ desumitur ex qualitate testamentariæ dispositionis, &c.* Y alega en comprouacion muchos textos, & cum Bart. & Bald. & alijs Rotæ decisionibus, Anton. Gomecium *in l. 3. Taur. num. 8.*

84 ¶ Con lo qual queda prouado, que la hazienda de este pleyto fue comun, y en compañia entre el Maestro Puerta, y estas partes, y assi partible entre ellos por tercias partes: que el primero codicilo es invalido ex defectu voluntatis, & potestatis, y que aun siendo assi confirmò lo que en el testamento auia declarado en quanto a la compañia, sin disponer en el mas que de su parte: que el vltimo codicilo lo hizo para reuocar en todo las Capellanias, y esta fue su intencion, ajustada a la razon, y al testamento, y assi esperamos que estas partes han de ser absueltas de la demanda, haziendose en todo como tienen prouado y alegado, y denegarse a los contrarios quanto en ella intentaron. Salva in omnibus V. D. C.

L. D. Bartolome de Tapia de las Peñas.

El Lic. Ramon de Morales.

[illegible]
[illegible]
[illegible]